

REFLEXIONES SOBRE LA LEY Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Comentario al libro de Eduardo García de Enterría *

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ



El profesor García de Enterría reúne aquí tres trabajos de distintas épocas, pero vinculados todos ellos por un común tema, «la relación del intérprete y del juez en particular con la Ley y la posible intermediación en esa relación de principios materiales de justicia, los límites de esa eventual intermediación, así como el origen y el contenido de dichos principios» (p. 7).

Es un problema de filosofía del Derecho, especialmente de teoría del Derecho, pero también vinculado con la teoría de la Justicia. El gran jurista que es el profesor del Derecho Administrativo hace filosofía del Derecho, y no sólo hay que quejarse por ello, sino que es muy positivo. Creo que la mejor filosofía del Derecho la hacen los juristas, y que el mayor reproche que se puede hacer a la materia que yo cultivo es precisamente la de andarse demasiado por las nubes, sin ocuparse de proporcionar, en la teoría del Derecho, unos criterios generales que pudieran ser utilizados por los científicos del Derecho. La filosofía del Derecho, tal como yo la veo, debe estar muy cerca de la realidad jurídica, es decir, del Derecho positivo, de su génesis histórica, de su estructura y de sus funciones, para avanzar en la siempre inabarcable pregunta acerca del concepto del Derecho en general.

Por cierto, que no creo que sirva de apoyo ni de estímulo a este punto de vista la decisión —no sé si definitiva, pero, en todo caso, poco meditada— de incluírnos con la ética y con la filosofía política en una misma área de conocimiento. La única materia crítica que existe en los planes de estudios de las Facultades de Derecho se diluirá, perderá su propia personalidad y su mezcla de esas otras respetables materias, sin perjuicio del estrecho contacto entre ética y teoría de la justicia, potenciará sin duda esa tentación de escalar el cielo que siempre se ha atribuido a la filosofía jurídica.

Por todas esas razones me ha interesado esa incursión del profesor García de Enterría, con su gran bagaje jurídico, con su experiencia práctica, en los temas más candentes de la teoría del Derecho. Ya lo había hecho en otros trabajos anteriores, como *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Civitas, Madrid, 1981). Creo que su trabajo es muy valioso y que debe producir debate y reflexión, y a esa finalidad pretende contribuir este comentario.

* *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1984.

Si sigue la tendencia entre muchos filósofos del Derecho de no ocuparse de los temas reales, sino de hablar sólo de metodología, de metaética, o de teoría de la ciencia, o de intentar resucitar a los viejos cadáveres escolásticos y, por otra parte, persiste el Ministerio en su decisión, sobre el puesto de la filosofía del Derecho en los planes de estudios, sólo se encontrará la reflexión que es necesaria hoy en aproximaciones como la que comento. Me gustaría que no fuera así y que nos pudiéramos dedicar a temas reales, aunque no sea con la finura con la que lo hace el profesor García de Enterría. Estas líneas son un homenaje a esa forma de hacer filosofía del Derecho en diálogo crítico con este trabajo.

Los dos primeros trabajos se escribieron y se publicaron ya hace algunos años. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo* se escribió, según confiesa el autor (p. 7), en 1961, y se publicó por primera vez en la *Revista de Administración Pública*, 40, 1963. El segundo es el prólogo al libro de Viehweg *Tópica y Jurisprudencia*, en la edición castellana de Taurus (Madrid, 1964. Traducción del profesor Díez Picazo).

El último es muy reciente y se ha publicado en 1984, en el número 10 de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

Aunque hay una coherencia general de pensamiento, se aprecia una indudable evolución desde posiciones antinormativistas, en favor de un protagonismo del juez, apoyado en los principios generales hacia una mayor importancia otorgada al papel de la Ley, sin renunciar a ese puesto del juez en la construcción del Derecho, ni tampoco al papel de los principios generales. Aunque es un juicio de intenciones y no puedo insistir en él, ni va a ser argumento en este comentario, me permito apuntar la tesis, sugerida por un discípulo del profesor García de Enterría, de la influencia de la situación política en su judicialismo de los años 60 y en esa revalorización de la Ley de la actualidad. ¿No había mayor confianza en los jueces que en la Ley en el régimen anterior, y no tiene mayor respetabilidad la Ley salida de la soberanía expresada por las Cortes Generales en un Estado social y democrático de Derecho?

En el primer trabajo proclama el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho (pp. 25 y 26), y la «desvalorización social y moral de la Ley como técnica de gobierno humano». En su último escrito matizará sus afirmaciones intentando hacer compatible el respeto al imperio de la Ley con un papel amplio de los jueces en la interpretación y aplicación de la Ley. Con gran sutileza, respetando el papel central que nuestra Constitución da a la Ley, al Estado de Derecho, como imperio de la Ley, como convivencia dentro de las Leyes (p. 88), se remitirá a los necesarios complementos de la legalidad, lo que llama Derecho como distinto de la Ley, «sistema de valores y normativas» (p. 9), con una, a mi juicio, demasiada lateral referencia al ordenamiento.

Para ello utiliza principalmente dos argumentos:

- 1) El sometimiento del legislador a la Constitución (p. 94) y a su sistema de valores materiales (art. 1.1 y título I), aunque, a mi juicio, no saca todas las consecuencias posibles de ese artículo 1.1.
- 2) El sometimiento del juez a la Constitución y a su sistema de valores que le obligan a interpretar la Ley en la orientación de esos valores que tiene la obligación de hacer reales y efectivos (p. 96).

Estamos ante lo que llama una jurisprudencia de valores que supera el formalismo y la identificación del legalismo positivista entre Derecho y Ley. Para apoyar su tesis

en el actual sistema constitucional analiza la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de noviembre de 1983, en el ámbito en el cual el principio de legalidad es más fuerte, Derecho Penal, y donde, sin embargo, se reconoce adecuada a Derecho por el Tribunal una interpretación de los Tribunales ordinarios —Audiencia de Valladolid y Tribunal Supremo— que apreció en los hechos la figura del delito continuado que es creación jurisprudencial.

En la última parte de este último trabajo derivará sus argumentaciones hacia un tema importante, pero, sin embargo, lateral para lo que aquí interesa, los criterios para distinguir el ámbito del recurso del amparo ante el Tribunal Constitucional, y el espacio reservado a los Tribunales ordinarios, utilizando a estos efectos la experiencia tanto de la Corte Suprema de los Estados Unidos como la del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana (pp. 136 y ss.). Este aspecto no será objeto de mi comentario.

Mi coincidencia con el diagnóstico es total: efectivamente, el Derecho legal y el Derecho judicial coexisten hoy en el Derecho positivo, sin que sea posible sostener ni el viejo legalismo estatalista de identificación de Ley y Derecho ni el realismo jurídico de la libre creación del Derecho por esos operadores jurídicos. Dos observaciones críticas, sin embargo, respecto a la argumentación que tienen también incidencia, a mi juicio, en la conclusión a la que se llega.

Me refiero, por una parte, a la utilización del concepto de Ordenamiento Jurídico, y de otra, al sentido de esos valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución.

Mi punto de vista es que la utilización del concepto de Ordenamiento Jurídico como núcleo integrador del Derecho positivo permite abordar la relación Derecho legal, Derecho judicial, de manera más efectiva. El profesor García de Enterría no lo hace, aunque lo menciona lateralmente, quizá por una resistencia a la idea de sistema, que en definitiva en el ámbito de Derecho conduce al Ordenamiento Jurídico. Tanto en su primer trabajo, donde en sus últimas páginas sobre iusnaturalismo y pensamiento tópico defiende la idea de Derecho como tónica de problemas, como en el prólogo al libro de Viehweg *Tópica y Jurisprudencia*, donde destaca el valor de la llamada jurisprudencia de problemas, se expresa con claridad esa desconfianza a la idea de sistema, probablemente como expresión de una desconfianza en la jurisprudencia de conceptos y en el legalismo-estatalista. Sin embargo, la tónica no es la única solución para mejorar esas vías del positivismo del siglo XIX, y, desde luego, no es la vía que explique la relación entre Ley y creación judicial del Derecho. Por eso, quizá, el profesor García de Enterría deja también un poco de lado a la tónica en su último trabajo. Me parece que es difícil en la teoría del Derecho salir del sistema y salir, por consiguiente, del normativismo, aunque se pueden y se deben recoger todas las correcciones que la crítica al positivismo del siglo XIX produce. Ese normativismo realista, que abandona el fetichismo de la Ley, pero que no cae en la creación libre del Derecho por los jueces, ni en la identificación del Derecho con la predicción de lo que harán en un caso concreto los Tribunales de Massachussets o de Inglaterra, como pretendía el juez Holmes, que es también el esfuerzo del último Enterría, necesita del sistema y, por consiguiente, de la idea de Ordenamiento Jurídico. Creo que el concepto del Ordenamiento como conjunto de normas de un determinado sistema jurídico da, mejor, cuenta de la realidad de lo que sucede que el concepto de Derecho que utiliza el profesor García de Enterría para dar cuenta de toda la realidad jurídica que no es la Ley.

El Ordenamiento, con la distinción clásica desde Hart a Bobbio, y también, con otro sentido, en Kelsen, de su composición por normas primarias y normas secundarias, por normas de conducta que mandan, prohíben o permiten comportamientos y normas de organización que establecen potestades, se muestra como un instrumento capaz de compatibilizar la necesaria primacía de la Ley con el papel creador de los jueces. A mi juicio, esto está implícito, y creo que en algún momento se explicita de pasada en el trabajo que comento, pero me parece necesario situarlo en el centro de la discusión. Los jueces actúan con una cierta libertad creadora en la interpretación y aplicación de la Ley porque una norma secundaria del Ordenamiento atribuye a los jueces esa potestad, les da ese poder de creación normativa. Creo que en mi trabajo sobre *La creación judicial del Derecho desde la teoría del Ordenamiento Jurídico* explico ese proceso con amplitud (vid. *Poder Judicial* núm. 6, mayo 1983, pp. 17 y ss.).

En este sentido el Ordenamiento da cuenta de la competencia judicial como derivada de una norma de organización del propio Ordenamiento, que autoriza su poder de creación normativa en un contexto dado, donde la Ley tiene su puesto. Puede parecer que esta posición restringe más el Derecho judicial que lo expresado por el profesor García de Enterría. Sin embargo, por otro lado, la amplía porque explica el poder de creación judicial en los supuestos de zonas de penumbra del Ordenamiento y también partiendo de que tiene una textura abierta, de tal manera que sólo se puede hablar de plenitud y de coherencia del mismo precisamente porque los jueces tienen potestad para completar esa textura abierta y para alumbrar en las zonas de penumbra, por incoherencia o por laguna.

Me parece que cuando se plantea el tema sólo desde la interpretación y desde la aplicación del Derecho no se valora suficientemente, aunque aparentemente sí se haga, la función creadora de los jueces que no se puede explicar sólo con la expresión ciertamente lúcida de Heck sobre la obediencia pensante. Quizá esta expresión sea suficiente desde la dogmática jurídica, pero no lo es desde la teoría del Ordenamiento.

También me parece, para terminar esta primera parte, que la tajante distinción que hace el profesor García de Enterría entre Tribunal Constitucional y Tribunales Ordinarios, que tiene sentido en otros temas, no lo tiene desde el nivel de la creación judicial del Derecho. La teoría del Ordenamiento puede también explicar mejor la identidad de función para establecer la plenitud y la coherencia de la acción creadora del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Ordinarios, cada uno en el ámbito de las potestades que les otorga la norma de organización que establece su competencia normativa.

La cadena de validez de Raz, que explica mejor la realidad de la posición de las normas en el Ordenamiento que la pirámide Kelsiana, es asimismo complemento que el Ordenamiento proporciona para entender la relación entre Ley y creación judicial del Derecho.

En resumen, mi punto de vista es que la juiciosa posición última del profesor García de Enterría para explicar el papel de la Ley y del Derecho judicial y su relación integradora se potencia y se favorece si el problema se contempla desde el Ordenamiento Jurídico.

La segunda observación se refiere a los valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución y por medio de ellos a la teoría de la justicia subyacente en el libro del profesor García de Enterría, y que incluso se explicita en el último apartado del primer trabajo «Iusnaturalismo y pensamiento tópico» con una concepción básica del Derecho Natural apoyada en Erick Wolff, cuyo fundamento último es Dios, que

intenta hacer compatible en el pensamiento tópico. Así los principios generales, expresión de este Derecho Natural, tienen un valor normativo propio, expresión del valor de cada institución, como idea organizativa al servicio de la cual se establece una técnica determinada con una unidad interior (p. 65). También, por consiguiente, se incorpora a su idea el concepto de Institución de Hauriou, Renard y Delos. No estoy tampoco seguro de que ese sea hoy el mejor instrumento para abordar la teoría de la justicia, la idea del Derecho justo. Comparto las críticas de Kelsen, Bobbio y Elías Díaz, entre otros, al valor actual del concepto de Derecho Natural que he explicitado ampliamente en mi *Introducción a la Filosofía del Derecho* (debate, Madrid, 1983), y creo, sin embargo, que hay que reflexionar sobre las ideas de libertad, de igualdad y de dignidad humana, que están en la base de la moralidad social y consiguientemente de la organización jurídica pero desde unas bases distintas. Para ello hay que aceptar que el Derecho lo es, aunque sea injusto, siempre que reúna las condiciones que las normas de identificación de normas establecen para que algo sea Derecho, aunque mejor si es justo, y también hay que aceptar que esa moralidad se incorpora a las normas jurídicas tanto a través del Derecho legal como del Derecho judicial.

A veces, sin embargo, se tiene la impresión ante posiciones como la del profesor García de Enterría, en su último trabajo, ya anunciado en este punto —en el primero también— que el Derecho Judicial es el cauce de incorporación de la moralidad porque se adecua mejor que el Derecho legal a esa jurisprudencia de problemas. Por cierto que hay mucha similitud entre planteamientos que se hacen en este trabajo que comentamos, con el de Ronald Dworkin de *The model of rules* (University of Chicago Law Review, núm. 35, p. 14, 1976, en versión castellana, en la Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, con el título de *¿Es el Derecho un sistema de normas?*). También, como en Dworkin, queda en nebulosa el fundamento de estos principios que permiten la construcción valorativa de la Ley (p. 33), como si la Ley careciese de valores y el legislador no tuviera conciencia moral. La moralidad del Derecho está tanto en el Derecho legal como en el Derecho judicial. Creo que el profesor García de Enterría no quiere decir que la Ley carece de valores, entre otras cosas porque una de las fuentes de valores —los superiores— los sitúa en la Ley de Leyes (la Constitución). Pero puede parecer que los otros valores que llama institucionales y que, si he entendido bien, son los valores que la tópica ayuda a descubrir, no están en las normas sino en las instituciones. «Son ellas —dirá— los puntos de condensación (sedes) a la vez que la experiencia tópica sobre un círculo determinado de problemas y del orden superior de valores que en el Derecho intente realizarse...» (p. 65).

Ni creo que los principios generales del Derecho sean la tecnificación de los principio absolutos del Derecho Natural, ni tampoco entiendo bien esta idea de los valores insertos en las Instituciones.

Mi punto de vista es que el Derecho es un sistema de normas y también el Derecho judicial está formado por normas, o dicho de otra manera, los jueces producen normas, que constituyen el ordenamiento jurídico dinámico, de textura abierta y caracterizada por su unidad, coherencia y plenitud construida sobre las base principal de esa integración entre Derecho legal y judicial. Y este ordenamiento jurídico lleva una moralidad o justicia incorporada, en cada una de sus normas y en el conjunto que es mayor o menor y que podemos llamar justicia legalizada y al mismo tiempo está abierto a la moralidad crítica, a esa justicia no legalizada que

presiona por muchos cauces para incorporarse al Derecho positivo, tanto a través del Derecho legal como del judicial.

No creo en el fundamento absoluto de esa moralidad, ni de la legalizada, ni de la crítica, sino que pienso que es histórico, suficiente para una determinada etapa de la historia de la cultura jurídica y política. Por eso creo que se debió, para el tema central que interesa al profesor García de Enterría, profundizar más en la importancia, a mi juicio enorme, del artículo 1.1 de la Constitución, que supone la justicia legalizada en la Constitución —valores superiores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político— al mismo tiempo abierta a su enriquecimiento y profundización como moralidad crítica, por el esfuerzo y la reflexión de los hombres en la historia. Estos valores superiores se desarrollan tanto en el Derecho legal —Derechos Fundamentales en la propia Constitución— como las leyes que los completan y en la organización de los poderes en la propia Constitución y en las leyes —como el Derecho judicial a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios—.

Creo que en su trabajo sobre la Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, en su capítulo titulado «El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento», especialmente en su número tercero «Los principios constitucionales y su valor» (pp. 97 y ss.), plantea el profesor García de Enterría el tema dedicando más importancia a esos valores superiores del artículo 1.1, sin haber extraído todas las consecuencias de aquel planteamiento para este trabajo.

Creo que la integración Derecho legal, Derecho judicial en el Ordenamiento jurídico español se entiende mejor con un estudio exhaustivo de esos valores superiores del artículo 1.1. Me parece también que es la norma básica de la Constitución que nos dice que se manda, que completa la tesis del profesor Laporta, que cree que la norma básica es el artículo 1.2, sobre la soberanía popular que nos dice quién manda («Norma básica, Constitución y decisión por mayorías», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, primer trimestre de 1984, pp. 35 y ss.).

Me parece todavía insustituible la construcción Kelseniana sobre la unidad formal del Ordenamiento basado en un conjunto de poderes que crean normas y de normas que crean poderes jerárquicamente organizados, y en ese aspecto es correcta la valoración del profesor Laporta sobre la norma básica que expresa el poder máximo. Sin embargo, creo que se puede aceptar como complemento la idea de Constitución material, sobre la base del desarrollo por la Ley y por los jueces del artículo 1.1, que responde a la pregunta qué se manda. Mi punto de vista es que esta segunda norma básica no sustituye, sino que completa al artículo 1.2 sin el cual un Ordenamiento construido como sistema de normas podría derrumbarse y volver a la inseguridad que producen los acercamientos iusnaturalistas.

Este diálogo crítico con el ilustre colega de Derecho Administrativo, es el resultado de una lectura apasionada de esta obra, que no me parece menor, entre su muy valiosa producción. Quizá mi interés resida también en el tema tratado, central para la teoría del Ordenamiento, que es para mí tanto como decir teoría del Derecho. Creo que ningún jurista, ni por supuesto ningún filósofo del Derecho, debe dejar de reflexionar con la atenta lectura de esas *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*.